

Übungen im Öffentlichen Recht II

Gruppen 4 und 8

Prof. Dr. Felix Uhlmann

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre



Universität Zürich

FS 2023

Frage 1: Mögliche Rechtsmittel

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG), wegen Art. 83 lit. t BGG

1. Beschwerdeobjekt
2. Vorinstanzen
3. Rechtsmittelinstanz
4. Beschwerdegründe
5. Beschwerdelegitimation
6. Form und Frist



Frage 1: Mögliche Rechtsmittel

Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG)

173.110

vom 17. Juni 2005 (Stand am 1. Juli 2022)

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf die Artikel 188–191c der Bundesverfassung¹,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001²,
beschliesst:*

Art. 83 Ausnahmen

Die Beschwerde ist unzulässig gegen:

- t. Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen, namentlich auf den Gebieten der Schule, der Weiterbildung und der Berufsausübung;



Frage 1: Mögliche Rechtsmittel

BGer, Urteil 2C_505/2019 vom 13. Sept. 2019

E. 1.1: "Gemäss Art. 83 lit. t BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entscheide über das Ergebnis von Prüfungen und anderen Fähigkeitsbewertungen, namentlich auf den Gebieten der Schule, der Weiterbildung und der Berufsausübung. Ob der Ausschlussgrund zur Anwendung kommt, hängt vom Gegenstand des angefochtenen Entscheids ab, nämlich davon, ob es um die Bewertung von Examensleistungen geht [...] Gegenstand des vorliegend angefochtenen Entscheids bildet die Nichterteilung des Anwaltspatents infolge Nichtbestehens der mündlichen Anwaltsprüfung und somit das Ergebnis einer Prüfung. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist daher ausgeschlossen."

E. 4: "Die Beschwerdeführerin macht ferner verschiedene Verletzungen ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend [...]"

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

5. Kapitel: Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Art. 113 Grundsatz

Das Bundesgericht beurteilt **Verfassungsbeschwerden** gegen **Entscheide** letzter **kantonalen Instanzen**, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72–89 **zulässig** ist.

- | | |
|----------------------------|---------------------|
| 1. "Verfassungsbeschwerde" | → Beschwerdegrund |
| 2. "Entscheide" | → Beschwerdeobjekt |
| 3. "kantonalen Instanzen" | → Vorinstanzen |
| 4. Subsidiarität | → Beschwerdeinstanz |

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Abweichungen

1. Anfechtungsobjekt / Beschwerdeobjekt

5. Kapitel: Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Art. 113 Grundsatz

Das Bundesgericht beurteilt Verfassungsbeschwerden gegen **Entscheide** letzter kantonalen Instanzen, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72–89 zulässig ist.

3. Abschnitt: Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Art. 82 Grundsatz

Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden:

- a. gegen **Entscheide** in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts;
- b. gegen kantonale Erlasse;
- c. betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen sowie betreffend Volkswahlen und -abstimmungen.

Art. 117 Beschwerdeverfahren

Für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gelten die Artikel 90–94, 99, 100, 102, 103 Absätze 1 und 3, 104, 106 Absatz 2 sowie 107–112 sinngemäss.

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Abweichungen

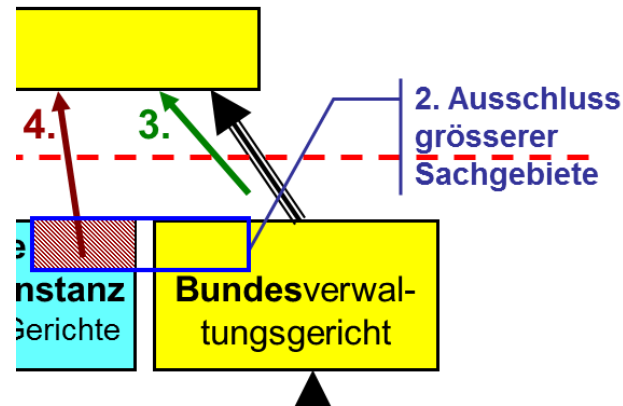
2. Vorinstanz

3. Rechtsmittelinstanz / Beschwerdeinstanz

5. Kapitel: Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Art. 113 Grundsatz

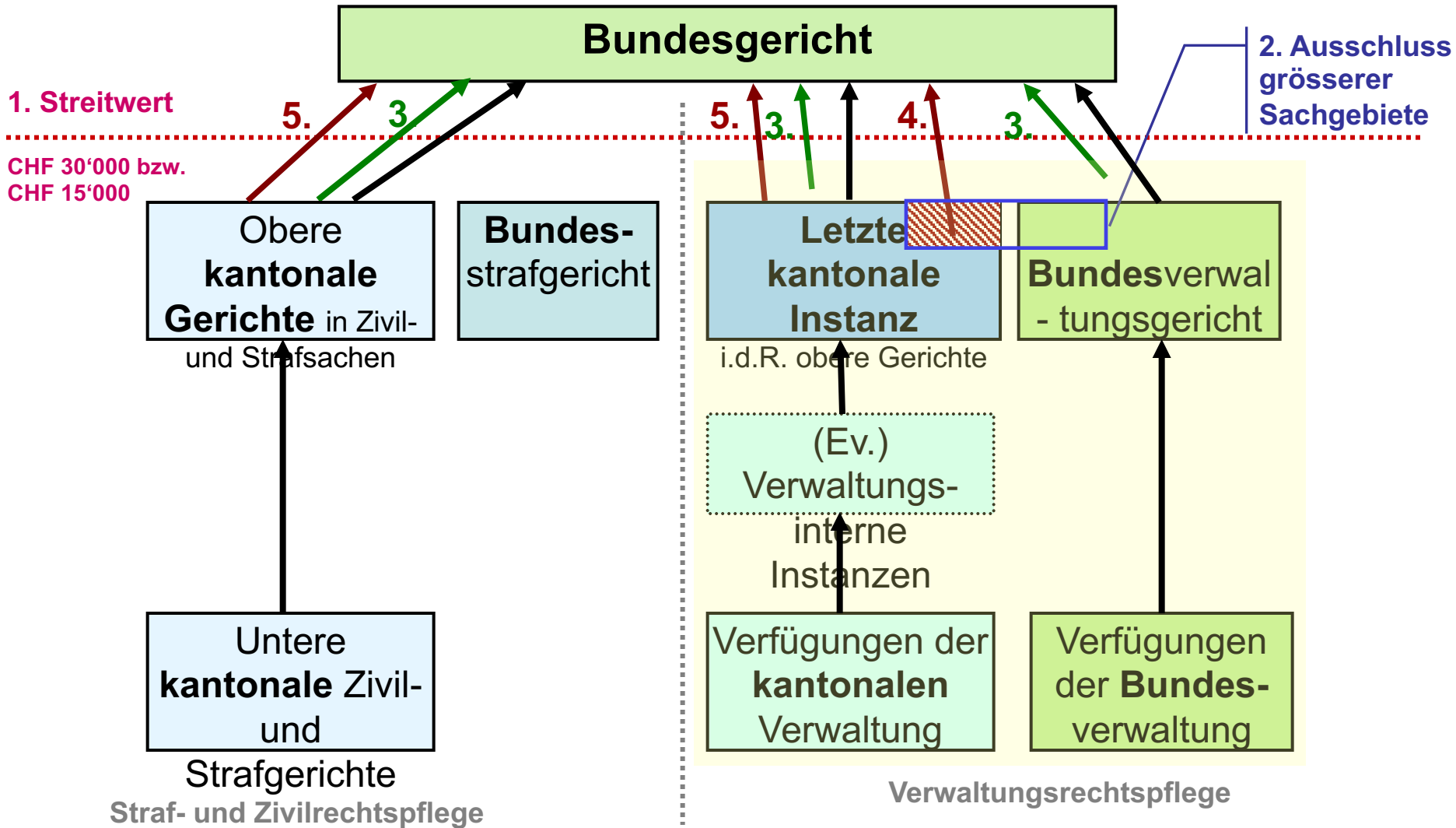
Das Bundesgericht beurteilt Verfassungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72–89 zulässig ist.



Art. 114 Vorinstanzen

Die Vorschriften des dritten Kapitels über die kantonalen Vorinstanzen (Art. 75 bzw. 86) gelten sinngemäss.

Modellinstanzenzug (nach Koller/Besson, 2006)



Zugangsbeschränkungen: 1. Streitwertgrenzen (im Zivil- und öff. Recht)

2. Ausschluss von Sachgebieten (im öff. Recht)

Ausnahmen davon: 3. Bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung

4. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

5. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde (falls Streitwert nicht erreicht)

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Abweichungen

4. Legitimation / Beschwerdebefugnis

5. Beschwerdegründe / Rügen (u. Kognition)

Art. 115 Beschwerderecht

Zur Verfassungsbeschwerde ist berechtigt, wer:

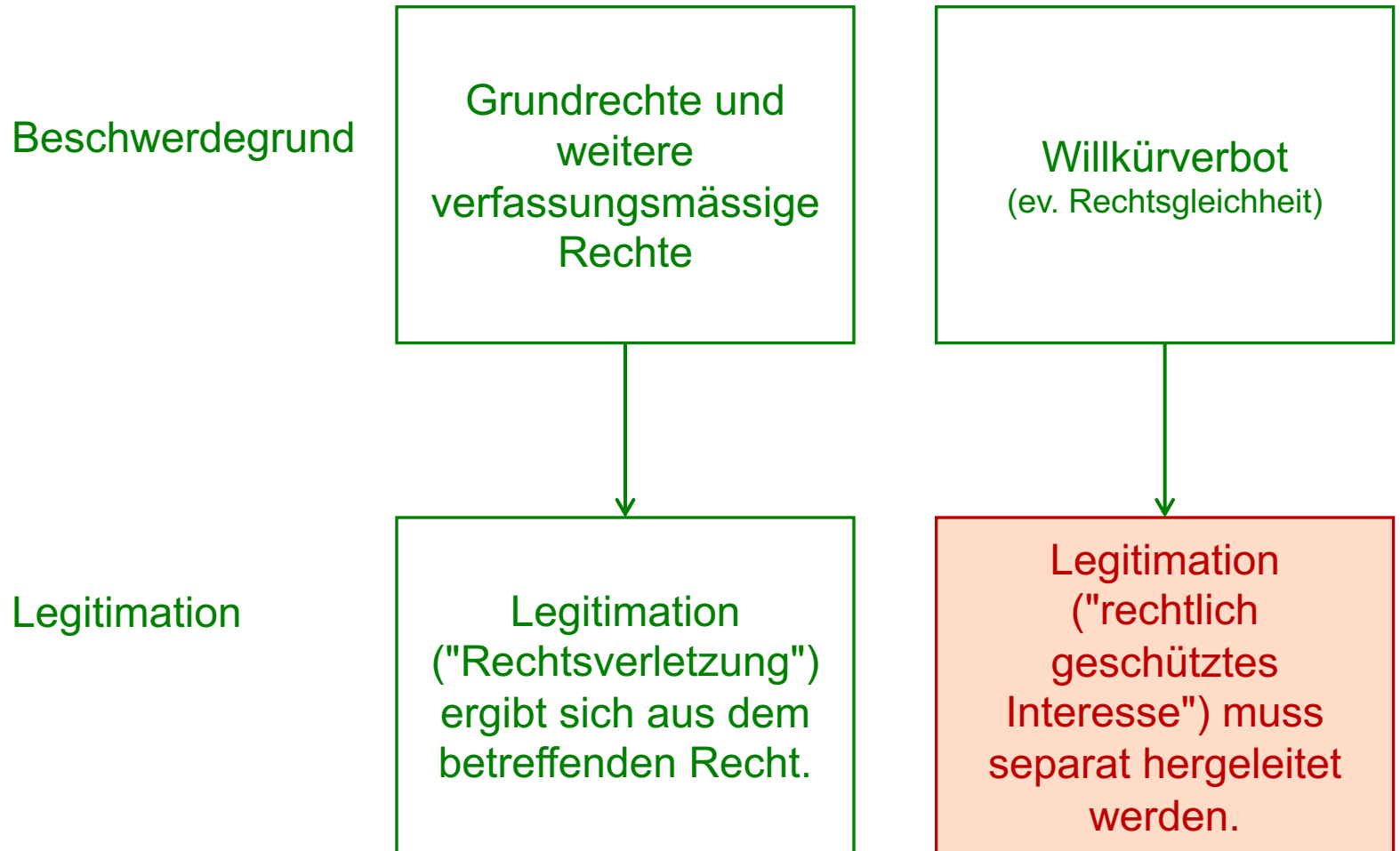
- a. vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; und
- b. ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat.

Art. 116 Beschwerdegründe

Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden.



Subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Abweichungen



Subsidiäre Verfassungsbeschwerde: Abweichungen

6. Formalien (Form und Frist)

Art. 117 Beschwerdeverfahren

Für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gelten die Artikel 90–94, 99, 100, 102, 103 Absätze 1 und 3, 104, 106 Absatz 2 sowie 107–112 sinngemäss.

4. Abschnitt: Beschwerdefrist

Art. 100 Beschwerde gegen Entscheide

¹ Die Beschwerde gegen einen Entscheid ist innert 30 Tagen nach der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung beim Bundesgericht einzureichen.

...

Frage 1: Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG)

1. Beschwerdeobjekt: Entscheid (Art. 113 BGG)
2. Vorinstanzen: Letztinstanzlich kantonal (Art. 113 BGG)
3. Rechtsmittelinstanz: Subsidiarität (Art. 113 BGG)
4. Beschwerdegründe: Verfassungsmässige Rechte (Art. 116 BGG)
5. Beschwerdelegitimation: Teilnahme und rechtlich geschütztes Interesse (v.a. bei Willkür relevant)
6. Form und Frist: 30 Tage (Art. 100 i.V.m. Art. 117 BGG)

Art. 29 Allgemeine Verfahrensgarantien

¹ Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

² Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

³ Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Art. 29a³ Rechtsweggarantie

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

Art. 30 Gerichtliche Verfahren

¹ Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt.

² Jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, hat Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird. Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen.

³ Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung sind öffentlich. Das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen.

Frage 1: Materieller Teil

Mögliche Themenblöcke

- a) Fehlender Zweitexperte (Willkür, Art. 9 BV)
- b) Unabhängigkeit der Zweitexpertin (Art. 29 BV)
 - Enges Verhältnis zu Hauptexperten
 - Bewertung der früheren Prüfung durch dieselbe Zweitexpertin
 - Abschätzige Bemerkung *(Verwirkung a u. b?)*
- c) Fehlendes Prüfungsprotokoll (Art. 29 Abs. 2 BV)
- d) Stellungnahme und Zeugenanhörung (Verletzung rechtlichen Gehörs, Art. 29 Abs. 2 BV)
- e) Schlechte Benotung (Willkür, Art. 9 BV; evtl. Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV)

Frage 1: Protokollierung

BGE 142 I 86 ff.

"Auch im Verwaltungsjustizverfahren ergibt sich aus dem Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör eine Protokollierungspflicht für Augenscheine [...] Dies entspricht auch der einhelligen Auffassung der Literatur [...] Grundsätzlich ist zu verlangen, dass die Ergebnisse des Augenscheins, insbesondere die vom Gericht vor Ort gemachten Feststellungen und Wahrnehmungen, ihrem wesentlichen Inhalt nach schriftlich protokolliert werden, allenfalls ergänzt mit Fotos, Plänen etc. Den Parteien muss vor Entscheidfällung die Möglichkeit gegeben werden, davon Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, insbesondere allfällige Berichtigungen zu verlangen."

Frage 1: Protokollierung

BGer, Urteil 2C_505/2019 vom 13. Sept. 2019

"Das Akteneinsichtsrecht ist Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und bezieht sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden [...] Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterliegen persönliche Aufzeichnungen der Examinatoren im Hinblick auf die anschliessende Beratung als rein interne Notizen, die nicht zu den Verfahrensakten gehören, nicht der Akteneinsicht. Diesen Handnotizen kommt bloss die Bedeutung einer Gedankenstütze zur Vorbereitung des Prüfungsentscheides zu, welcher der Beweischarakter abgeht [...] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zudem für mündliche Prüfungen aus Art. 29 Abs. 2 BV keine eigentliche Protokollierungspflicht ableiten [...] Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren sind erfüllt, wenn anhand von genügend präzisen internen Notizen oder mündlichen Angaben der Ablauf der Prüfung vor einer Rechtsmittelinstanz rekonstruiert werden kann und dieser ermöglicht wird, die Bewertung zu beurteilen."

Frage 1: Antizipierte Beweiswürdigung

BGer, Urteil 2P.227/1999 vom 22. Mai 2000, E. 2d

"Eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt der Beschwerdeführer darin, dass auf die beantragte Anhörung des Zeugen F._____, welcher den mündlichen Prüfungen des Beschwerdeführers jeweils beiwohnte, verzichtet worden ist. Es erscheint in der Tat zweifelhaft, ob das Obergericht den beantragten Beweis bei der vorliegenden Sachlage als unerheblich betrachten und in antizipierter Beweiswürdigung auf dessen Abnahme verzichten durfte: Der Zeuge hätte sich über die bei der Handelsrechtsprüfung bestehende Atmosphäre (einschliesslich des angeblich untragbaren Lärmpegels) aussprechen können. Darüber hinaus hätte er zumindest zu einem streitigen Punkt - der Behauptung, die Expertin habe das Prüfungslokal mit der Bemerkung betreten: "hier stinkt's" - eine konkrete Aussage machen können. Zwar darf für die Beurteilung von Vorwürfen, welche gegen einen Examinator erhoben werden, grundsätzlich auf die Sachdarstellung des allenfalls anwesenden Zweitexperten abgestellt werden; der vorliegende Fall weist jedoch besondere Umstände auf, welche die Unabhängigkeit des Zweitexperten in Frage stellen könnten [...] Letztlich kann jedoch dahingestellt bleiben [...]"

Frage 1: Anspruch auf rechtliches Gehör

BGer, Urteil 2P.227/1999 vom 22. Mai 2000, E. 3

"Es fragt sich, ob mit Sinn und Zweck der Prüfungsverordnung vereinbar ist, dass der "Hauptexperte" den zweiten Prüfer selber bestimmt; ein solches Vorgehen bietet keine Gewähr für die erforderliche Unabhängigkeit des zweiten Prüfers. Im vorliegenden Fall lassen die konkreten Umstände die Wahl gewisser Zweitexperten überhaupt unglücklich erscheinen: So ist einmal fraglich, ob sich Staatsanwalt M._____, welcher für die Handelsrechtsprüfung beigezogen wurde, noch als unbefangener Zweitexperte eignete, nachdem er dem Beschwerdeführer bereits im schriftlichen Straffall und - als "Hauptexperte" - in der mündlichen Strafrechtsprüfung ungenügende Noten erteilt hatte. Des Weiteren konnte auch der Zweitexperte in der Steuerrechtsprüfung nicht ohne weiteres als völlig unabhängig gelten, handelte es sich bei diesem doch um den Assistenten und Doktoranden des als "Hauptexperten" amtierenden Ordinarius für Steuerrecht. Wenig überzeugend ist ferner die Auffassung des Obergerichts und der Prüfungskommission, wonach der Protokollführer in der Prüfung gleichzeitig als zweiter Experte fungieren kann. [...] Die geschilderten Umstände begründen zumindest in ihrer Kumulation ernsthafte Zweifel daran, ob die Einrichtung des Zweitexperten vorliegend in einer willkürfreien, mit dem Sinn der Institution (noch) vereinbaren Weise gehandhabt worden ist."

Gleiche und gerechte Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV)

Anspruch darauf, dass die Behörden in einem sie betreffenden Verfahren ordnungsgemäss zusammengesetzt sind und die Ausstand- und Ablehnungsgründe beachtet werden.

BGE 113 Ia 286 ff., 289 E. 3a

"Die blosse Möglichkeit, dass ein Kandidat, der die Prüfung besteht, später in ein Konkurrenzverhältnis zu den ihn prüfenden Anwälten treten könnte, lässt nicht generell auf eine Befangenheit schliessen."

BGE 121 I 225 ff., 230 E. 3

"Der Umstand, dass die gleiche Expertin die erste Prüfung bereits als ungenügend bewertet, und der vage Verdacht des Beschwerdeführers, dass diese deshalb unsympathisch sein könnte, begründet noch keine Ausstandspflicht. Eine Ablehnung ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unverzüglich, sobald der Ausstandsgrund bekannt ist, geltend zu machen, andernfalls ist der Anspruch auf Ablehnung verwirkt."

Frage 1: Verwirkung (Art. 5 Abs. 3 BV)?

BGer, Urteil 2C_505/2019 vom 13. Sept. 2019

"Gemäss dem angefochtenen Urteil hat die Beschwerdeführerin eine Beeinträchtigung der Prüfungsfähigkeit nicht unverzüglich, sondern erst nach Abschluss der Prüfung und Bekanntgabe des Resultats geltend gemacht. Das Obergericht ist zudem zum Schluss gelangt, sie habe sich im vollen Bewusstsein ihrer Leistungsunfähigkeit dazu entschlossen, die mündliche Prüfung anzutreten [...] Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sie ihre gesundheitliche Beeinträchtigung erst nach Erhalt der Prüfungsergebnisse kommuniziert hat. Auch behauptet sie nicht, dass sie diese unmittelbar bei Auftauchen während der Prüfung geltend gemacht hat. Zudem führt sie aus, die medizinische Diagnose sei einige Monate vor der Prüfung erfolgt, sie sei jedoch der Meinung gewesen, die Prüfungsangst im Griff zu haben. Folglich durfte die Vorinstanz willkürfrei feststellen, dass sich die Beschwerdeführerin in Kenntnis der Beeinträchtigung entschlossen habe, die Prüfung abzulegen [...]"

Frage 1: Wirtschaftsfreiheit

Wirtschaftsfreiheit/Verhältnismässigkeit

Die Prüfungsanforderungen sollen den zu schützenden polizeilichen Rechtsgütern dienen und sich für eine objektive Feststellung der für den Anwaltsberuf erforderlichen Fähigkeiten eignen. Die Prüfungsfälle müssen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz und dem Prinzip der Wirtschaftsfreiheit standhalten. Das Prüfungsreglement darf keine übertriebenen Voraussetzungen aufstellen und muss dem Schutzbedürfnis des Publikums entsprechen (vgl. BGE 113 Ia 286 ff., 289 E. 4).



Frage 1: Wirtschaftsfreiheit

BGer, Urteil 2C_505/2019 vom 13. Sept. 2019

"Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass die Tätigkeit des Anwalts der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) untersteht [...] Gemäss Art. 36 BV bedarf jede Einschränkung der Befugnis, Parteien vor Gericht zu vertreten, einer gesetzlichen Grundlage; sie muss sich zudem durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter rechtfertigen lassen und hat verhältnismässig zu sein."

"Die Delegation ist auf eine bestimmte Materie beschränkt, nämlich auf den Inhalt und die Durchführung der Anwaltsprüfung [...] Schliesslich stellt das Erfordernis, eine Prüfung im Fach Staats- und Verwaltungsrecht abzulegen, kein sachfremdes, von der Delegationsnorm nicht gedecktes Kriterium für die Erteilung des Anwaltspatents dar [...]."

Frage 1: Erfolgsaussichten (Bestehen)

Prüfungsentscheide

"Beschwerden gegen Examensentscheidungen an das Bundesgericht haben regelmässig nur geringe Erfolgsaussichten."

BGE 118 Ia 488 ff., 495 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juni 2001 (Urteil 2P.81.2001)



Frage 2: Schlechte Benotung

BGE 136 I 229 ff.

"Weiterhin nicht anfechtbar sind einzelne Noten einer Gesamtprüfung, die nicht mit einer weitergehenden Wirkung wie dem Nichtbestehen verbunden sind und auch keinen Einfluss auf ein Prädikat zeitigen. Steht jedoch das Nichtbestehen, eine andere Folge (...) oder ein Prädikat in Frage, für das die Prüfungsordnung vorgibt, wie es zu bestimmen ist, gibt es ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung des Gesamtergebnisses und damit auch an einer diesem zugrunde liegenden Einzelnote."